



## Función Pública

# Concepto Sala de Consulta C.E. 1727 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

LEY DE GARANTIAS ELECTORALES - Excepciones a la prohibición de contratación directa. Salubridad pública como elemento del orden público social / CONTRATACION ESTATAL - Restricción a la contratación directa durante la campaña presidencial. Excepciones originadas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios / CONTRATACION DIRECTA - Restricciones durante la campaña presidencial. Salubridad pública como elemento del orden público social / EMPRESAS DE SERVICIO PUBLICOS DOMICILIARIOS - Procedencia de la contratación directa. Protección del orden público social / ORDEN PUBLICO SOCIAL - Excepciones a la prohibición de contratación directa durante la campaña presidencial. Prestación de servicios públicos domiciliarios

[Ver el art. 33 de la Ley 996 de 2005](#), [Ver el Concepto del Consejo de Estado 1720 de 2006](#)

Las excepciones a la restricción a la contratación directa, son las contenidas en la ley 996 de 2005 en el segundo inciso del artículo 33, dentro de las que se encuentran las relativas a la defensa y seguridad del Estado,.... los requeridos para cubrir las emergencias ....sanitarias .... desastres naturales o casos de fuerza mayor,....y los que deban realizar las entidades sanitarias... Se ratifica en este concepto lo expuesto en ocasiones anteriores, en las que se ha interpretado la locución defensa y seguridad del Estado como aquellas actividades necesarias para la estabilidad del mismo, pues está de por medio el mantenimiento del orden público. De esta forma, se entiende que la prohibición temporal de la contratación directa no puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados. Entonces, si a estos conceptos se agrega que la salubridad pública es uno de los elementos de este orden público social, encuentra la Sala que, únicamente bajo este supuesto, las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden contratar en forma directa, respetando en todo caso los reglamentos internos de contratación. Las preguntas formuladas a la Sala, suponen que la restricción temporal a la contratación directa de las empresas de servicios públicos domiciliarios, puede dar como resultado la indebida prestación de los mismos, o incluso su interrupción. Ya se expuso que en sí misma la contratación no está suspendida, tan sólo aquella que, según los reglamentos internos de las empresas, no corresponda a la regulación de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio, o en los casos en que sea aplicable, a la licitación del artículo 30 de la ley 80 de 1993. Para la Sala también es claro que, en la medida en que los reglamentos internos de una empresa de servicios públicos domiciliarios determinen que la adquisición de algún insumo esencial para la prestación del servicio se realice por contratación directa, y que mientras se adelanta el trámite de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio puede verse suspendido o gravemente afectado el servicio a su cargo, para evitar esta emergencia puede acudir a la contratación directa, pues se encontraría dentro de la excepción a la prohibición por causa de la sanidad y del mantenimiento del orden público en su elemento de salubridad, esenciales a la organización del Estado. Se anota que frente a los servicios públicos domiciliarios, los usuarios tienen un derecho subjetivo a su prestación, que en veces está en conexión con los derechos fundamentales, como en el caso de los servicios del acueducto, alcantarillado, saneamiento básico, etc. Este mismo razonamiento es válido en caso de terrorismo, desastres naturales, y fuerza mayor.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio de 9 de marzo de 2006.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de 2006

Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00026-00(1727)

Actor: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION

Referencia: Ley 996 de 2005. Restricción a la contratación directa. Aplicación a las empresas oficiales y mixtas de servicios públicos domiciliarios.

El señor Director del Departamento Nacional de Planeación, Dr. Santiago Montenegro Trujillo, a petición de la Superintendencia de Servicios Públicos, solicita el pronunciamiento de esta Sala sobre el alcance del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en relación con los distintos prestadores de servicios públicos domiciliarios, a saber: las empresas oficiales, incluyendo las empresas industriales y comerciales, las mixtas y los municipios cuando directamente entregan a la comunidad esta clase de servicios. En su consulta transcribe el artículo mencionado, anotando que no hizo una descripción de las entidades objeto de su aplicación sino que se refirió de manera genérica a "todos los entes del Estado".

**Concepto Sala de Consulta C.E. 1727 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

Hace referencia al concepto SSPD-OJ-2006-044 de la Superintendencia de Servicios Públicos, según el cual las empresas de servicios públicos mixtas están por fuera del ámbito de aplicación de la ley de garantías, por tratarse de empresas sometidas al derecho privado que no hacen parte de las entidades que conforman la rama ejecutiva en los términos de la Ley 489 de 1998, que además están definidas en el numeral 14.6 del artículo 14 de la ley 142 de 1994, con un régimen jurídico especial previsto en el artículo 19 de la misma y en lo no previsto por lo dispuesto en el Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

Afirma que estas empresas son distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por los artículos 97 y siguientes de la ley 489 y el artículo 461 de dicho Código; criterio adoptado por la Corte Constitucional en Sentencia T-1212 de 2004, en cuya parte motiva señaló que "*los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios". Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado.*"

Anota el Director del Departamento Nacional de Planeación que respecto a las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos y a los municipios prestadores directos surge la duda de la aplicación del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, teniendo en cuenta que sus procesos de contratación están regulados por estatutos internos que en algunos casos no establecen la licitación pública sino contrataciones directas, por ejemplo para la compra de materiales necesarios para garantizar la prestación del servicio. En relación con lo anterior, cita un aparte del concepto emitido por esta Sala el 19 de julio de 1995 bajo el número de radicación 704, según el cual "*el régimen de contratación aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada...*".

Recuerda el Sr. Director Nacional de Planeación, que las empresas de servicios públicos tienen la obligación de prestarlos de manera eficiente conforme a lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, y que de acuerdo al artículo 2 de la Ley 142 de 1994 es deber del Estado garantizar la calidad del servicio y su prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

Por último formula a la Sala las siguientes preguntas:

"a) Se aplica el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 a los prestadores de servicios públicos (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos?"

"b) En caso afirmativo, el artículo 33 de la ley 996 de 2005 se aplicará sólo para la contratación de personal o abarca también la adquisición de insumos o bienes necesarios para garantizar la prestación de los servicios públicos, tales como cloro, tuberías, torres eléctricas, sistemas de telecomunicaciones, etc?"

Para responder, la Sala considera:

Con el fin de dar respuesta a los interrogantes formulados por el Sr. Director Nacional de Planeación, la Sala, procede a transcribir el artículo 33 de la ley 996 de 2005, cuya interpretación y difíciles consecuencias prácticas originan la consulta. Dice así la norma en cuestión:

"*Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.*

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración." <sup>1</sup> (*Aparte subrayado, declarado inexequible*).

Es claro y eso no ofrece ninguna duda dada la literalidad del artículo 33 que se analiza, que el primer inciso contiene una prohibición temporal y que por lo mismo se trata de una conducta o actividad que no se puede realizar por los destinatarios de la norma. Las dudas han surgido alrededor de la definición de los sujetos destinatarios de la prohibición temporal, definidos por la ley como "todos los entes del Estado", por la extensión del término "contratación directa", y por último la interpretación de las excepciones del segundo inciso del artículo transcrito. Pasa la Sala a ocuparse en su orden de estos tres temas, con el fin de sustentar las respuestas a la consulta.

I. El elemento subjetivo de la norma: *todos los entes del Estado*

Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión *todos los entes del Estado* hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones.

sinónima de *rama ejecutiva* en los términos del artículo 38 de la ley 489 de 1998, por lo que, de aceptarse esta interpretación, en la prohibición no encajarían las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios.

Reitera la Sala que la locución en comento, debe entenderse dentro del contexto de la ley de garantías y de la especial finalidad que ella busca, la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia, de suerte que si el legislador no utilizó la expresión "rama ejecutiva" en el artículo 33 de esta ley, como sí lo hizo en la prohibición del artículo 32, y enunció como obligados por la prohibición a todos los entes del Estado, es claro que no fue su intención excepcionar aquellas que no encajaran dentro de la noción de rama ejecutiva, desarrollada por el artículo 38 de la ley 489 de 1998. La frase que se interpreta coincide con la definición legal de "administración pública" del artículo 39 de la misma ley 489, según la cual "se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano."

II. El elemento objetivo de la norma: la prohibición temporal de la celebración de contratos por el sistema de contratación directa.

En concepto anterior, después de hacer un recuento de los antecedentes legislativos del artículo 33, en los que se encontró que la prohibición en comento se propuso en un primer momento por un mes, luego por dos y al final se aprobó por los cuatro que aparecen en el texto legal vigente, (los que fueron aumentados a seis por la Corte Constitucional en la sentencia de revisión, para el Presidente y el Vice-Presidente si deciden someter su nombre a las elecciones), constató que la norma legal había dejado una puerta abierta para aquellos casos en los que era necesario hacer gastos "inaplazables e imprescindibles," solución que fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.

El concepto citado expresa a manera de síntesis que, de los antecedentes legislativos y jurisprudenciales, es indudable que el legislador asumió que la contratación directa podía dar lugar al rompimiento del equilibrio entre partidos y candidatos a la presidencia y por esto la prohibió. Advierte la Sala que siempre ha estado prohibida la contratación cuando se utiliza para favorecer partidos o candidatos políticos, y que por lo mismo da lugar a sanciones disciplinarias, patrimoniales y penales, e incluso los contratos que así se celebraren estarían viciados de nulidad absoluta por desvío de poder. A pesar de esto, el legislador fue mucho más allá y prefirió extremar las garantías al punto de evitar la contratación misma, de manera que no hubiera siquiera la sospecha de que mediante este mecanismo se pudiera alterar la igualdad entre los candidatos. La Corte Constitucional en la sentencia C-1153-05, declaró contraria a la Carta la expresión legal *adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración* por considerarla ambigua, cerrando, con tal decisión, toda posibilidad a la contratación directa por parte de las entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en la misma ley 996 del 2005.

Con base en esta premisa, se define la expresión *contratación directa* entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993. Por tanto, las entidades públicas, en el período preelectoral, pueden seguir contratando previa la licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley 996 del 2005.

El artículo 33 que se comenta contiene una prohibición temporal de 4 meses a la contratación directa durante la campaña presidencial, lapso extendido a seis meses para el Presidente y el Vicepresidente en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional. Esta restricción exige de los órganos y entidades con capacidad para celebrar contratos la responsabilidad de planificar con suficiente antelación, la gestión contractual en los períodos anteriores a la elección presidencial, para que la prestación de los servicios, el cumplimiento de funciones públicas y el ejercicio de competencias que se llevan a cabo mediante esta forma de actividad administrativa bilateral, no se vean afectados por la restricción impuesta por la ley estatutaria.

III. La aplicación de ésta prohibición a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter público.

Dada la argumentación presentada en la solicitud de consulta, es posible prever que el intérprete se formule la siguiente pregunta: ¿si a las empresas de servicios públicos domiciliarios por regla general se les aplica en su contratación el derecho privado, cómo hace para aplicar la licitación pública de la ley 80 de 1993 que es derecho público? Para dar respuesta a este interrogante, la Sala recuerda que en derecho privado también existe la institución de la licitación pública, regulada por el artículo 860 del código de comercio, que se encuentra dentro del capítulo dedicado a la oferta o propuesta de contratos, norma que entonces resulta aplicable al presente caso, y que es del siguiente tenor:

Artículo 860. "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás."

Entonces, las entidades públicas cuya contratación está sometida al derecho privado, a las que se les ha restringido temporalmente la contratación directa, pueden seguir contratando, pero mediante la licitación pública regulada por el artículo transcrito; unas de dichas entidades son los prestadores públicos de servicios públicos domiciliarios. Como se expone más adelante, es claro también que las excepciones del artículo 33 antes transcrito, aplican igualmente a estas entidades, de manera que, si se dan los requisitos de éstas, pueden contratar directamente.

Advierte la Sala, y así lo afirma también la consulta del Sr. Director Nacional de Planeación, que es muy frecuente que las empresas de servicios públicos domiciliarios dispongan de reglamentos internos de contratación, expedidos por sus juntas o consejos directivos, en los que se señalan los diferentes procedimientos de selección de los contratistas. Entonces, cada una de ellas debe acudir a sus reglamentos, en la medida en que

comercio antes transcrito, los cuales no están suspendidos por el artículo 33 de la ley 996 de 2005, de lo que se desprende en sana lógica que todos los demás que no corresponden a la licitación pública, son los que están suspendidos. Se deduce también, que aquellos contratos que en época diferente de la preelectoral se celebraban directamente, se pueden continuar suscribiendo, pero por el trámite de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio.

IV. Las excepciones a la prohibición temporal, de conformidad con el artículo 33 de la ley 996 de 2005.

Siguiendo la doctrina ya definida por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, las excepciones a la restricción a la contratación directa, son las contenidas en la ley 996 de 2005 en el segundo inciso del artículo 33 antes transcrito, dentro de las que se encuentran las relativas a la *defensa y seguridad del Estado, .... los requeridos para cubrir las emergencias .... sanitarias .... desastres naturales o casos de fuerza mayor,.... y los que deban realizar las entidades sanitarias...*

Se ratifica en este concepto lo expuesto en ocasiones anteriores, en las que se ha interpretado la locución defensa y seguridad del Estado como aquellas actividades necesarias para la estabilidad del mismo, pues está de por medio el mantenimiento del orden público. De esta forma, se entiende que la prohibición temporal de la contratación directa no puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados.

Entonces, si a estos conceptos se agrega que la salubridad pública es uno de los elementos de este orden público social, encuentra la Sala que, únicamente bajo este supuesto, las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden contratar en forma directa, respetando en todo caso los reglamentos internos de contratación.

Las preguntas formuladas a la Sala, suponen que la restricción temporal a la contratación directa de las empresas de servicios públicos domiciliarios, puede dar como resultado la indebida prestación de los mismos, o incluso su interrupción. Ya se expuso que en sí misma la contratación no está suspendida, tan sólo aquella que, según los reglamentos internos de las empresas, no corresponda a la regulación de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio, o en los casos en que sea aplicable, a la licitación del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

Para la Sala también es claro que, en la medida en que los reglamentos internos de una empresa de servicios públicos domiciliarios determinen que la adquisición de algún insumo esencial para la prestación del servicio se realice por contratación directa, y que mientras se adelanta el trámite de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio puede verse suspendido o gravemente afectado el servicio a su cargo, para evitar esta emergencia puede acudir a la contratación directa, pues se encontraría dentro de la excepción a la prohibición por causa de la sanidad y del mantenimiento del orden público en su elemento de salubridad, esenciales a la organización del Estado. Se anota que frente a los servicios públicos domiciliarios, los usuarios tienen un derecho subjetivo a su prestación, que en veces está en conexión con los derechos fundamentales, como en el caso de los servicios del acueducto, alcantarillado, saneamiento básico, etc. Este mismo razonamiento es válido en caso de terrorismo, desastres naturales, y fuerza mayor.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala responde:

a) y b). El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica a los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de este concepto.

Transcríbese al señor Director Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

NOTA DE PIE DE PÁGINA

1 El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C - 1153 de noviembre 11 de 2005.

Fecha y hora de creación: 2024-11-22 21:41:01